Das Nebeneinander von Gewährleistungs- und anderen Ansprüchen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Martius
Gerichtsreferendar aus Hirschau Obpf.

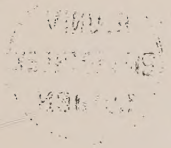
Approbation: 4. Februar 1938.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1938

Dekan: Prof. Dr. jur. August Köhler
Referent: Prof. Dr. jur. Friedrich Lent

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter
in Dankbarkeit!



Inhalts-Uebersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Rechtsgrund und Wesen der Gewährleistungsansprüche . 2

II. Das Nebeneinander von Ansprüchen 17

III. Ist auch ein Nebeneinander von Gewährleistungsansprüchen und Anfechtung wegen Irrtums möglich? 29

Zusammenfassung und Schluß 40

Schrifttum.

Blume, W.: Der Schadensersatzanspruch des Käufers in Jherg. Jahrb. f. Dogm. d. bürgerl. Rechts 1909.

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1915.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB. in Gruch. Beitr. z. Erl. des deutschen Rechts, Bd. 43, 1899.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1928.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 61/171.

Lent, Fr.: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht im Zivilprozeßrecht, 1. Bd., 1912.

Locher, E.: Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Arch. Ziv. Prax.

Oertmann, P.: Kommentar des BGB. 1928.

Planck: Kommentar zum BGB., 1928.

Reichsgerichtsräte Kommentar des bürgerl. Gesetzbuches, 1931.

Schwaiger: Anfechtung und Gewährleistung in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 74, 1909.

Süß, Th.: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, 1931.

Staudinger Kommentar zum BGB. 1928.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1 und 2, 1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0052

Einleitung.

Im Strafrecht ist der Begriff Idealkonkurrenz bekannt und gebräuchlich. Man spricht von ihr wenn ein konkreter Tatbestand die Anwendung mehrerer Strafgesetze zuläßt. Ebenso aber wie es im Strafrecht möglich ist, daß ein Tatbestand die gesetzlichen Merkmale mehrerer Gesetzesnormen umfaßt, ist dies auch im Zivilrecht häufig. Nämlich: aufgrund eines bestimmten Sachverhalts können gleichzeitig mehrere Ansprüche geltend gemacht werden. Ich möchte diese Anwendbarkeit mehrerer Normen aufgrund des gleichen Tatbestands als Anspruchshäufung bezeichnen. Ebenso wie die Anspruchshäufung — um diesen Ausdruck zu gebrauchen — in unserem bürgerlichen Recht möglich ist, also das Nebeneinander von Ansprüchen ist auch die gegensätzliche Erscheinung möglich, daß durch einen Anspruch der andere ausgeschlossen wird. (Gesetzeskonkurrenz). Von Gesetzeskonkurrenz im Zivilrecht zu sprechen, ist dann angängig, wenn sich ein Tatbestand in den Rahmen mehrerer Normen, aufgrund derer Ansprüche geltend gemacht werden können, zwingen ließe, jedoch eine der anwendbaren Vorschriften die Anwendbarkeit der anderen ausschließt. So immer, wenn eine lex specialis eine lex generalis ausschließt. Ist dies auch nicht der einzig denkbare Fall der Gesetzeskonkurrenz, so ist es doch der im bürgerlichen Recht häufigste.

Das Thema dieser Arbeit könnte also anders ausgedrückt, auch lauten:

Besteht zwischen den Gewährleistungsansprüchen und anderen Rechten, die das BGB. gibt, Gesetzeskonkurrenz oder sind neben der Gewährleistung andere Rechte möglich? Stellen die Vorschriften über Sachgewähr-

leistung eine lex specialis dar im Verhältnis zu Vorschriften über andere Rechte?

Daß im folgenden nur von der Sachmängelhaftung die Rede sein wird, hat seinen Grund in deren Rechtsnatur, auf die im folgenden eingegangen werden soll.

I. Rechtsgrund und Wesen der Gewährleistungsansprüche.

1. Ganz allgemein:

Die Frage, ob neben den Gewährleistungsansprüchen für Sachmängel noch andere Rechte möglich sind, so die Ansprüche auf Erfüllung, aus positiver Vertragsverletzung, aus unerlaubter Handlung, ferner die Möglichkeit, wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anzufechten, ist praktisch von großer Bedeutung. Dies erhellt vor allem aus den Vorschriften über die kurze Verjährung. (§ 477 BGB., Viehkauf, § 490 BGB.). Denn es kann sehr oft der Fall eintreten, daß ein Käufer einen Mangel, der ihm an und für sich einen Gewährschaftsanspruch gibt, erst wesentlich später bemerken kann, als die Frist dauert. Soll nun der Käufer gegen seinen Verkäufer keinerlei Ansprüche mehr haben? Auch sonst kann aus irgend einem Grunde ein starkes schutzwürdiges Interesse bestehen, etwa anstelle einer Mängelrüge, die Anfechtung des ganzen Vertrags geltend zu machen.

Eine Antwort auf all die auftauchenden Fragen und Probleme kann m. E. nur gegeben werden, wenn man auf das Wesen der Gewährleistungsansprüche eingeht. Hier liegt auch der Grund, warum die Rechtsmängelhaftung aus der Betrachtung dieser Arbeit auszuscheiden hat.

Gewährleistung kennt nicht nur der Vertragstyp Kauf. Es gibt eine solche auch beim Werkvertrag und bei der Schenkung. Eine Verpflichtung Gewähr zu leisten, trifft den Vater, der seinem Kind eine Ausstattung gibt. sie kommt auch beim Erbschaftskauf vor, allerdings beschränkt. Sehr viele Vertragsarten des täglichen Lebens, bei denen eine Sache übergeben wird, kennen die Gewährleistung. Trotzdem dieses Gebilde in unserem Recht

so häufig — und das muß hier erwähnt werden — so uneinheitlich angewendet wird, ist nirgends im Gesetz eine genaue Definition gegeben. Auch das Wesen der Gewährleistung ist nirgends klar herausgestellt. Um dieses jedoch zu erkennen, muß deutlich unterschieden werden zwischen der Erfüllungspflicht und der Gewährleistungspflicht. Beide haben einen gänzlich verschiedenen Zweck. Auf diese Verschiedenheit und die Wichtigkeit einer Trennung weisen u. a. auch die führenden Kommentare hin. So sagt Staudinger (Vorbem. vor dem § 459, Id): „Leistungspflicht und Gewährleistungspflicht sind streng zu unterscheiden; erstere hat zum Gegenstand, daß dem Käufer die bestimmte Sache, die dieser gekauft hat, übergeben und das Eigentum daran verschafft wird, letztere bezieht sich darauf, daß der Käufer einen zur entscheidenden Zeit vorhandenen Gewährsmangel als solchen zu vertreten hat, gleichviel ob ihn in dieser Beziehung ein Verschulden trifft oder nicht". Auch der RGRKom. macht diese Trennung: „An sich sind Leistungspflicht und Gewährleistungspflicht von einander zu unterscheiden, aber die Leistungspflicht ist die Voraussetzung für die Gewährleistungspflicht. Wofür der Verkäufer nach § 459 haftet, das ist der Inhalt seiner Leistungspflicht". Inwieweit letztes zutrifft, und wieweit ich hier zustimmen möchte, wird sich aus dem folgenden ergeben. Die verschiedene Bezeichnung Erfüllungspflicht — Leistungspflicht, hat nichts zu sagen, gemeint ist damit das gleiche.

Zur Erfüllungspflicht.

Die Erfüllungspflicht gibt unzweifelhaft dem Gläubiger den Anspruch auf die geschuldete Leistung, den herbeizuführenden Erfolg. Für den Kauf ergibt sich dies aus § 433, obwohl es einer derartigen, besonderen Regelung gar nicht bedurft hätte, da man diese Verpflichtung auch aus den allgemeinen Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag herleiten könnte. Der Gesetzgeber wollte jedoch bei der Häufigkeit der Kaufverträge noch eine ausdrückliche Regelung schaffen. Von seiner gesetzlichen,

vertraglich festgelegten Erfüllungspflicht wird der Schuldner erst frei, wenn er die an den Gläubiger geschuldete Leistung restlos erfüllt hat. Auf die Erfüllungspflicht braucht jedoch im Rahmen dieser Abhandlung nicht weiter eingegangen werden. Sie hat zum Inhalt die Vertragserfüllung. Erst wenn der Vertrag erfüllt ist, setzt die Gewährleistungspflicht ein.

Zur Gewährleistungspflicht.

a) Rechtsgrund:

Die §§ 459ff. BGB. regeln die sog. Sachmängelgewährleistung. Darnach darf im Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Kaufsache nicht mit Fehlern behaftet sein, die ihren Wert zu dem gewöhnlichen oder dem nach Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Der Verkäufer muß also für bestimmte Fehler einstehen, die der verkauften Sache beim Gefahrübergang anhaften, ohne daß es dabei auf irgend ein Verschulden seinerseits ankommt. Was hat das für einen Grund und wodurch ist dies gerechtfertigt?

Süß definiert in seinem Werk „Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel" S. 19 die Gewährleistungspflicht, bezw. das Ziel derselben: „Während die Erfüllungspflicht darauf geht, einen im Vertrag oder Gesetz festgelegten Erfolg herbeizuführen, geht die Gewährleistung nicht darauf, einen vertraglich oder gesetzlich festgelegten Erfolg herbeizuführen, sondern für den Zustand einzustehen, zu dessen Herbeiführung man eben gerade nicht verpflichtet ist, also Rechtsnachteile zu übernehmen, obwohl man nicht verpflichtet ist, den gewährleisteten Zustand zu übernehmen". Schollmeyer versteht unter Gewährleistungspflicht allgemein, „die Verpflichtung für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen." (Jher. Jahrb. 49/93). Wir dringen in das Wesen der Gewährleistung ein, wenn wir uns vor Augen halten, daß die Gewährspflicht eine primäre Pflicht ist, also kein Ersatz

für irgend etwas Vorhergehendes. Denn während die Rechtsmängelhaftung aus der Verpflichtung des Verkäufers entspringt, dem Käufer die Kaufsache frei von Rechtsmängeln zu verschaffen und im gegenteiligen Falle als Ersatz dafür dem Käufer die Ansprüche der §§ 435 ff. zur Seite treten, ist dies bei der Sachgewährleistung ganz anders. Hier hat der Verkäufer erfüllt, er haftet aber trotzdem, obwohl er alles getan hat, wozu er verpflichtet war, für den Zustand, in dem sich die Kaufsache bei Gefahrübergang befindet. Süß führte dazu aus, (S. 37) „Gewährleistungspflicht ist stets eine primäre Pflicht, aber keine Ersatzpflicht. Weil man die Sache nicht frei von physischen Mängeln schuldet, weil man nicht verpflichtet ist, faktisch mangelfrei zu liefern, darum besteht eine Gewährspflicht für physische Fehler, aber primär, nicht als Ersatzpflicht. Eine Ersatzleistung kann doch, wenn dieser Ausdruck gleichfalls technisch einen Sinn haben soll, nur eine Leistung als Ersatz für eine ursprünglich geschuldete und aus irgend einem Grunde nicht mehr geschuldete Leistung sein. Dagegen ist die Gewährleistung wohl „Ersatz für Sachmängel“ aber es bedarf keines Beweises, daß dieser Ausdruck nur in populärem Sinne möglich ist. Anstelle welcher ursprünglich geschuldeten Leistung sollte die Gewährleistung als Sachleistung treten? Also ist doch keine Ersatzpflicht möglich, sondern nur primär eine Pflicht zu Gewähr.“ Ich möchte dieser Ansicht vorbehaltlos beitreten, da ich auch nichts mir denken könnte, für das die Gewährleistung ein Ersatz sein sollte. Wie bereits einmal kurz erwähnt, verlangt das Gesetz ferner nicht, daß irgend ein Verschulden vorliegen muß, um die Gewährleistungspflicht auszulösen. Das alles deutet auf ihre eigene, eigenartige Stellung hin. Ich halte die Gewährleistungsregelung unseres BGB. für eine Regelung eigener Art, die einem Bedürfnis des täglichen Lebens Rechnung trägt. Es kommt dabei darauf an, das Gleichgewicht herzustellen zwischen den Interessen des Käufers und des Verkäufers. Das Gesetz legt diesem auf, für einen Zustand einzustehen, für den er auch einstehen muß, ohne

sich hierzu verpflichtet zu haben. Die Gewährleistung geht also weiter, als die Haftung des Verkäufers, die durch seine Erfüllungspflicht begründet ist. Dies scheint auf den ersten Blick eine Härte und eine Benachteiligung des Verkäufers zu sein. Am deutlichsten tritt diese scheinbare Härte beim Specieskauf zutage. Der Verkäufer ist seiner Erfüllungspflicht voll und ganz nachgekommen, er hat die gewählte Sache ausgesondert und übergeben. Trotzdem stehen dem Käufer gegebenenfalls noch Gewährleistungsansprüche zu, obwohl der Verkäufer gar nicht verpflichtet war, eine fehlerfreie Sache zu liefern, sondern eben die ausgewählte Sache. Er schuldet nur die Sache, wie sie ist und haftet dennoch für wesentliche Fehler! Ich kann mir dies nur damit erklären, daß der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Gründen eine derartige Haftung will und für notwendig hält. Der Kaufvertrag ist wohl das häufigste unserer täglichen Rechtsgeschäfte. Wäre daher eine Regelung, wie sie unser Gewährschaftsrecht darstellt, nicht getroffen, würde sich ein Kaufabschluß wohl kaum in der schnellen, glatten Weise abspielen, wie dies gewöhnlich üblich ist. Eine Menge besonderer Zusicherungen würde notwendig sein, eine Anstellung von einer Zahl von Ueberlegungen. Trotzdem würde ein nicht rechtskundiger Käufer, vielleicht weil er irgend eine verkehrswesentliche Eigenschaft sich nicht zusichern ließ, eben weil er nicht genug Erfahrung besaß, in seiner Interessenlage geschädigt sein. Daher wurde vom Gesetz eine Regelung geschaffen, die von vorneherein dem Verkäufer eine Haftung auflegt für gewisse Eigenschaften, die im täglichen Rechtsverkehr als erwünscht, üblich und etwa auch notwendig erscheinen. Gleichgültig ist dabei vollständig, ob dieselben zum Vertragsinhalte gemacht wurden. Billig ist natürlich, daß darüber hinaus diese Haftung noch besteht für zugesicherte Eigenschaften. So wurde es durch diese ungewöhnliche Regelung entbehrlich, den wichtigen Vertragstyp Kauf mit einer Menge Nebenabreden und Zusicherungen zu belasten. Süß findet darüber hinaus die Regelung des BGB. über Gewährleistung noch aus einem anderen Grunde be-

rechtigt; nämlich: (S. 52) „andererseits scheint es aber auch völlig gerechtfertigt, daß der Verkäufer den Nachteil des Mangels ausgleicht; denn wenn die Sache beim Gefahrübergang wesentliche Mängel aufweist, welche der Käufer bei Kaufabschluß nicht kannte, (§ 460) so wäre es nicht billig, daß diesen Nachteil der Käufer selbst trägt, zumal die Gefahr noch nicht übergegangen ist in den Zeitpunkt, in dem die Fehler vorhanden sind. Kennt der Käufer den Mangel beim Vertragsabschluß, so ist es klar, daß die Gegenleistung für die mangelhafte Sache schon in einer dem Mangel Rechnung tragenden Weise bestimmt wurde, daß also das Synallagma vollständig gewahrt wurde". Dies scheint Süß das wichtigste.

Wie bereits erwähnt, erfordert also die Interessenlage des Käufers, die andernfalls ungerecht beeinträchtigt würde, diese rechtliche Stellung des Verkäufers, dem eine sonst nicht übliche Haftung aufgebürdet wird. Daß dabei die Interessen des Verkäufers nicht ungerechtfertigt geschmälert werden, dürfte aus folgendem hervorgehen:

I. Der Normalfall ist der, daß beim gegenseitigen Vertrag Leistung und Gegenleistung der Parteien sich nach subjektivem Maßstab, also nach dem, was die Parteien für gleichwertig halten, die Wage halten.

II. Beim Kauf einer mangelhaften Sache, deren Mangel der Käufer nicht kennt, bietet er nach seinem Maßstabe soviel, als er für die mangelfreie Sache gleichwertig erachtet. Da die Sache in Wirklichkeit aber nicht mangelfrei ist und er bei Kenntnis der Sachlage nicht soviel bieten würde, bietet er zuviel. Er ist dadurch in seinem Interesse geschädigt, der Verkäufer wird dagegen begünstigt. Andererseits ist der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht nachgekommen, sodaß auf diesem Wege der Käufer einen Interessenausgleich nicht erlangen kann. Hier setzt nun die Gewährleistung ein. Also eine zusätzliche Haftung, die mit der Erfüllungspflicht nicht das Geringste zu tun hat, andererseits aber die einzige Möglichkeit darstellt, das verletzte Gleichgewicht wiederherzustellen.

III. Dazu gibt das Gesetz dem Käufer drei Möglichkeiten,

1. Er wandelt; dadurch werden die Leistungen beider Vertragsparteien rückgängig gemacht und so ein Interessenausgleich erzielt.

2. Der Käufer hat zuviel gegeben und mindert um diesen Betrag; das verloren gegangene Gleichgewicht ist also auf diese Weise wieder hergestellt.

3. Schließlich kann der Käufer in besonderen Fällen noch den sog. Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen. In diesem Falle leistet der Verkäufer das, was er zu wenig geleistet hat.

Daraus geht m. E. auch hervor, daß eine Härte, die den Verkäufer, der doch erfüllt hat, und an den Sachmängeln keinerlei Verschulden zu haben braucht, — angeblich — trifft, in Wirklichkeit gar nicht vorliegt. Es wird eben lediglich ein Interessenausgleich erzielt. Die Regelung des BGB. über Sachmängelgewährleistung hat also nicht nur einen rechtspolitischen, sondern auch einen rechtsethischen Grund. Es ist deshalb nur recht und billig, wenn der Käufer eine Möglichkeit hat, sein — wenn auch ohne fremdes Verschulden verletztes Interesse — mit dem Interesse des Verkäufers in Gleichklang zu bringen. Denn letzterer soll doch nicht bessergestellt sein.

Aus Gründen des praktischen Rechtslebens und des Verkehrsbedürfnisses ist es allerdings begreiflich, daß Ansprüche, die aus einer so ungewöhnlichen, vor allem rechtspolitisch notwendigen Regelung gegeben sind, innerhalb einer gewissen Zeit geltend gemacht werden müssen. Denn wo sollte es hinführen, könnte der Käufer einen Mangel den die Sache im Zeitpunkte des Gefahrenübergangs hatte, etwa noch nach mehreren Jahren geltend machen. Sei es nun, daß er ihn erst nach dieser Zeit entdeckt oder daß er beliebt, ihn jetzt erst geltend zu machen. Jedenfalls würde eine derartige Möglichkeit, die den Verkäufer auf lange Zeit in Unsicherheit ließe, ein Chaos unseres Verkehrslebens zur Folge haben. Man stelle sich nur vor, wie sich dies für große Geschäfte auswirken

würde! Welche Schwierigkeit würde auch dem Verkäufer entstehen, wollte er nach so langer Zeit etwa den Nachweis führen, daß der Fehler dem Käufer z. B. schon bei Kaufabschluß bekannt gewesen sei. Er würde praktisch vielleicht oft gewährleisten müssen, weil er einen solchen Nachweis, durch den er sich doch seiner Gewährspflicht zu entziehen, imstande wäre, nach so langer Zeit zu führen eben nicht mehr in der Lage sein wird. Auch der Käufer würde seiner Beweispflicht oft nur schwer nachkommen können, vor allem zu beweisen, daß der Fehler zur Zeit des Gefahrübergangs bestand.

Dies sind nur einige Argumente, die für die Regelung der kurzen Verjährung sprechen. Es ließen sich deren noch viele anführen, doch ist die rechtspolitische Regelung der kurzen Verjährung für die Frage über den Rechtsgrund und das Wesen der Sachmängelgewährleistung ohne jegliche Bedeutung. Wie angebracht die kurze Verjährung im übrigen ist und daß diese lediglich aus rechtspolitischen Gründen eingeschaltet wurde, dafür mögen Beweis sein die besonders kurzen Fristen, die für den Viehkauf geschaffen wurden. Die Gewährleistung für Viehkauf ist naturgemäß in ihrem Wesen nicht verschieden von der üblichen, bei nicht lebenden Kaufsachen. Sie wurde nur aus leicht vorstellbaren Gründen besonders gestaltet. —

Zusammenfassend komme ich daher zu folgendem Ergebnis:

1. Die Gewährleistung aus rechtspolitischen und rechtsethischen Gründen: Sie dient zur Aufrechterhaltung eines geschmeidigen, reibungslosen Rechtsverkehrs und zum Ausgleich der beiderseitigen Interessen.
2. Ihrem Wesen nach ist die Gewährleistung von der Erfüllungspflicht grundverschieden.
3. Sie ist eine zusätzliche, gesetzliche Haftung, die keinerlei Verschulden des Verkäufers voraussetzt. Man kann die Gewährleistung m. E. als eine Art gesetzliche Garantie betrachten. Ich verstehe dabei unter Garantie das Einstehen für gewisse (zugesicherte

oder im Gesetz festgelegte) Eigenschaften. Die Gewährleistungspflicht ist also das gesetzliche Einstehenmüssen für einen im allgemeinen oder in besonders verabredetem Sinne mangelfreien Zustand.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich notwendig noch eine Frage, auf die bisher nicht eingegangen wurde. Was ist es mit dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung des § 463 BGB.? Dazu möchte ich bemerken, daß ich mir eben aufgrund der Trennung von Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht keinen notwendigen Grund denken kann, daß dieser Anspruch unter den Vorschriften über Gewährleistung eingereiht wurde. Denn ebenso unbestreitbar, wie die Gewährleistung kein Verschulden voraussetzt, ist die Vorbedingung für Schadensersatz, daß ein Verschulden vorliegt und durch dieses ein Schaden verursacht wurde. Es ist daher noch verständlich von Schadensersatz zu reden im Falle des § 463 S. 2, denn hier liegt doch eigentlich ein schuldhaftes Handeln dessen vor, der den Fehler arglistig verschwiegen hat. Unverständlich aber ist diese Ausdrucksweise in der allgemeinen Form des S. 1. Ich kann mir nur vorstellen, daß der Gesetzgeber dem Käufer eben drei Möglichkeiten geben wollte.

1. Den Kauf rückgängig zu machen,
2. seine Leistung um den Zuvielwert zu kürzen,
3. vom Verkäufer zu verlangen, daß dieser seine erbrachte Leistung nachbessere, bezw. durch eine Leistung seinerseits dazu beitrage, daß ein Interessenausgleich erzielt werde.

Ist daher in einem solchen Falle schon die Ausdrucksweise Schadensersatz unglücklich gewählt, so ist die Ausdrucksweise „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ ein direkter Widerspruch zur Gewährleistung. Denn wie wir gesehen haben, sind beide ganz verschiedene Dinge. Eine echte Gewährleistung greift Platz, wenn das Gleichgewicht gestört ist, ohne daß irgend ein Ersatzanspruch gegeben ist. „Gerade deshalb, weil der Schuldner mit der mangelhaften Speciessache voll erfüllt, obwohl die Gegen-

leistung in Unkenntnis des Mangels und deshalb in berechtigter Erwartung einer mangelfreien Sache zu hoch bemessen ist, gerade deshalb muß anstelle des fehlenden Erfüllungsanspruches ein anderer Ausgleich gesetzt werden. Das hat mit Verschulden und Nichterfüllung nichts zu tun und es war daher kein glücklicher Griff unseres BGB., all diese Dinge zu vermischen, vor allem in §§ 460 und 463". (Süss, S. 86). Auf S. 87 seines Werkes führt Süss in logischer Fortsetzung dieses Gedankens weiter aus: „Der Anspruch ist daher, wie oben schon dargelegt, in dreifacher Hinsicht falsch:

1. ist er kein Gewährleistungsanspruch, wie aus der Stellung im System angenommen werden muß,
2. ist er kein Anspruch wegen Nichterfüllung, denn der Gegner hat erfüllt, er könnte daher selbst nach geltendem Recht nur ein Schadensersatz wegen des Mangels als solchem sein und
3. ist rechtspolitisch ein solcher nicht gerechtfertigt".

Dazu möchte ich sagen, daß ich — wie schon erwähnt — diese Regelung für einen Anspruch des Käufers halte, vom Verkäufer zu verlangen, daß dieser etwas von sich aus tue, das abhandengekommene Gleichgewicht wieder herzustellen. Warum sollte dies schließlich rechtspolitisch nicht gerechtfertigt sein? Es wird ja dadurch die Interessenlage des Verkäufers nicht beeinträchtigt und dem Käufer steht es frei, je nach seinem Bedarf und nach Zweckmäßigkeit vom Verkäufer zu verlangen, seine verletzte Interessenlage auszugleichen. Wenn man sich — wie ich — entschlossen hat, die strenge Süß'sche Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht zu machen, kann man zu gar keinem anderen Ergebnis bezüglich des § 463 kommen, wie dem obigen. Das BGB. ist eben in seiner Ausdrucksweise nicht immer konsequent. Als Beispiel erwähne ich nur „Rechtsmängelgewährleistung"! Dazu folgendes: Süß definiert „Erfüllungspflicht ist die Verpflichtung, einen im Vertrag oder Gesetz festgelegten Erfolg herbeizuführen". Seine Definition läßt vor allem keine Vermengung mit dem der Gewährleistung

eigenen Bestandteilen zu. Wenn man nun die Erfüllungspflicht so ansieht, wie Süß und verlangt, daß dieselbe umfaßt, daß der Verkäufer den vertraglich bezw. gesetzlich festgelegten Erfolg herbeizuführen hat, so ergibt sich, daß sie auch die sog. Gewährleistung für Rechtsmängel in sich schließt. § 434 besagt ja lediglich, der Verkäufer sei (u. a.) verpflichtet, die Kaufsache frei von Rechten dritter dem Käufer zu verschaffen. Im übrigen knüpft § 440 an die Nichterfüllung der „Rechtsmängelfreiheitsvorschrift" die Folgen der §§ 320 bis 327 über Nichterfüllung gegenseitiger Verträge. Dies ist wohl das deutlichste Zeichen dafür, daß die Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung lediglich eine lex specialis darstellen, durch die eine besondere Verletzung der Erfüllungspflicht geregelt werden soll, soweit es sich um ein Nichtverschaffen der Freiheit von Rechten Dritter handelt. Auch Staudinger sagt (§ 459 Vorbem. 1 a): „Die Fälle der Rechtsgewährleistung sind im allgemeinen nach den für die Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags geltenden Normen zu beurteilen". Weil aber diese Vorschriften lediglich eine besondere Regelung einer verletzten Erfüllungspflicht darstellen und ich unter Gewährleistung etwas ganz anderes verstehe, hat — wie bereits angedeutet — die Rechtsmängelhaftung im folgenden überhaupt auszuscheiden.

b) Andere Ansichten:

Naturgemäß gibt es viele Ansichten über den Rechtsgrund und das Wesen der Gewährleistung. Interessant z. B. ist der Grund, den v. Blume in seinem Aufsatz „Der Schadensersatzanspruch des Käufers" (Jher. Jahrb. S. 209 ff.) angibt. Er schreibt dort (S. 212): „daß es nicht genügen kann festzustellen, die Gewährschaft ergebe sich ex lege oder sei eine gesetzliche Garantiehaftung, dürfte unbestreitbar sein." (S. 213) „Wer durch gegenseitigen Vertrag eine Sache zum Eigentum macht oder Nutzung erworben hat, kann den Vertrag wieder lösen, wenn die Sache zu dem gewöhnlichen oder vertraglichen Gebrauch nicht geeignet ist. Faßt man diesen Satz ins Auge, so fällt so-

fort die Verwandtschaft mit § 119 Abs. 2 ins Auge. Wer einen Vertrag über eine Sache schließt und dabei über eine wesentliche Eigenschaft der Sache irrt, ist nicht an den Vertrag gebunden". Blume stellt nun gegenüber Gewährleistung — Anfechtung. Er zieht Parallelen und sagt ebenso wie beim Irrtum der Vertragschließende in einer Annahme sich täuscht und er deshalb den Vertrag anfechten kann, so wird bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache der Käufer in einer Erwartung getäuscht. Er kann daher wandeln. Den Rechtsgrund der Gewährleistung sieht Blume darin: (S. 215) „Der Käufer, Mieter, Werkbesteller, darf wegen eines Sachmangels den Vertrag rückgängig machen, weil er bei der Uebergabe der Sache in einer Erwartung enttäuscht wird, die er nach den Zusicherungen des Vertragsgenossen oder der Verkehrsauffassung hegen durfte." Auf S. 217 fährt er fort: „Diese Rückgängigmachung darf erfolgen auf Kosten des Verkäufers, weil der Käufer durch den Vertrag eine Enttäuschung erlitten hat, die der Verkäufer leichter hätte vermeiden können, als er." Abgesehen von der Frage, die eine derartige Auffassung zwangsweise aufwerfen muß: wie steht es mit einer Konkurrenz zu dem Recht auf Anfechtung, ist hierzu folgendes zu bemerken: Es ist an und für sich natürlich möglich, eine Berechtigung der Gewährschaftsregelung auch mit der Enttäuschung des Käufers zu begründen. Jedoch ist die Behauptung, der Verkäufer hätte die Enttäuschung leichter vermeiden können, m. E. nur in Einzelfällen richtig, nicht in so allgemeiner Form. Immerhin aber läßt eine derartige Erklärung die Gewährleistung in den betreffenden Fällen immer begründet erscheinen. Sie deckt sich m. E. dann auch ohne weiteres mit dem, was ich unter Interessenausgleich verstehe. Mir erscheint aber trotzdem die Rechtfertigung dieser Ansprüche, die Süß gibt, treffender und schärfer zu sein.

Es gibt noch zahlreiche andere Theorien für den Rechtsgrund unseres Gewährleistungsrechts. Ich möchte dabei nur erinnern an die von Oertmann, an die Windscheid'schen Voraussetzungen, an Locher's Geschäftszweck

usw. Oertmann sieht den Rechtsgrund der Gewährleistung in der Geschäftsgrundlage. Er versteht darunter „die beim Geschäftsabschluß zutage tretende und von etwaigen Geschäftsgegnern in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut.“ (Geschäftsgrundlage S. 71 ff. und 1 c S. 37). Mit dieser Geschäftsgrundlage kann aber m. E. der Rechtsgrund der Gewährleistungsansprüche nicht völlig erfaßt werden, wohl ist die Geschäftsgrundlage im Sinne Oertmanns zum Verständnis der Gewährleistung heranzuziehen, aus ihr allein kann sie aber doch kaum herrühren. Locher hat seine eigene Lehre aufgestellt, die die Geschäftsgrundlage annimmt, aber darüber hinaus den Geschäftszweck als maßgeblich hinzunimmt (Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Arch. Ziv. Prax. 121). Nach Locher sind Geschäftsgrundlage „die zur Erreichung des Geschäftszwecks mit den Geschäftsmitteln notwendigen Umstände.“ Er stellt dabei auf den Geschäftszweck ab und will damit wohl den nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolg verstanden wissen. Er zeigt dabei den Gegensatz auf, der zwischen Vertragsinhalt und dem Beweggrund, der zum Vertragsabschluß führte, bestehen kann. Nach seiner Ansicht ist dann — zusammengefaßt — für die Erreichung des zum Geschäftszweck gewordenen Parteiwillens die Geschäftsgrundlage kausal. M. E. berührt dies alles aber mehr den Vertrag und die Vertragsgrundlage, als daß es geeignet wäre, den Rechtsgrund und das Wesen der Gewährleistung restlos klar herauszustellen und verständlich zu machen. Bei Oertmann und Locher spielen m. E. zuviele subjektive Momente herein. Der Interessenausgleich, die Herstellung des Synallagmas, die Süß das wesentlichste erscheint, hebt das Wesen deutlicher heraus.

Für die Frage der Konkurrenz sind jedoch die letztangeführten Theorien nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Es würde m. E. daher über den Rahmen dieser

Arbeit hinausgehen, wollte ich im einzelnen auf dieselben eingehen. Sie seien nur der Vollständigkeit halber erwähnt. Gemeinsam ist den verschiedenen Ansichten, daß die Gewährleistung unbedingt als berechtigt anerkannt wird.

c) Wesen der Gewährleistung.

Das Wesen der Gewährleistung ist ebenfalls heftig umstritten. Die hauptsächlich vertretenen Ansichten gehen dahin, dieselbe als eine Garantie anzusehen. So auch Enneccerus (§ 335, I): „Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache (d. h. wegen eines Fehlers oder wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften) ist nicht Erfüllung des Kaufvertrags; denn die Vertragspflichten des Käufers beim Kauf einer Einzelsache geht lediglich auf die Leistung der Sache, wie sie zur Zeit des Vertragsabschlusses ist. Die Minderungs-, Wandlungs- und Ersatzansprüche beruhen also auf einer besonderen Garantiepflicht.“ Ich möchte hierbei nochmals ausdrücklich erwähnen, daß man nur die Verhältnisse des Specieskaufs heranziehen kann, will man das Wesen der Gewährleistung genau erkennen. Beim Gattungskauf nämlich tritt es nicht zutage, da Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht gemischt sind. Der Käufer hat hier Anspruch auf eine Sache mittlerer Art und Güte. Ist diese nicht vorhanden, so fehlt es an einer verkehrswesentlichen Eigenschaft, für die der Verkäufer einzustehen hat aus dem Gesichtspunkt der Gewährleistung allgemein aber auch aus dem Vertrag, da er eine mangelfreie Sache schuldet. Planck bezeichnet das Wesen der Gewährleistung ebenfalls als eine gesetzlich auferlegte Haftung (Garantie) (Planck Kom. § 459c, die Stelle wird in anderem Zusammenhang später angeführt werden.)

Anderer Ansicht ist z. B. Eccius, der in der Gewährleistungsregelung eine weitgehendere Erfüllungspflicht zu sehen scheint. Er nennt die Gewährleistungspflicht eine Regelung, die alle aufgrund von Sachmängeln geltend zu machenden Verbindlichkeiten in sich schließt. Er kennt kein eigenes, charakteristisches Wesen der Gewährleistung an, sondern sieht darin eine summarische Regelung von

Ansprüchen, speziell für den Kauf. Denn anders kann ich mir folgende Sätze nicht erklären (Eccius, Die Gewährleistung wegen Mangels einer Sache im BGB., Gruch. Beitr. Bd. 43, S. 306/07): „Wie der Anspruch aus Erfüllung, so entspringt die Gewährleistungspflicht dem Vertrage und kann durch diesen umgestaltet werden. Die Gewährleistungspflicht des BGB. umfaßt alle aufgrund von Sachmängeln der veräußerten Sache geltend zu machenden Verbindlichkeiten." Dazu habe ich zu bemerken, daß die Gewährleistungspflicht dem Gesetz und nicht dem Vertrag entspringt. Allerdings kann sie durch Vertrag abgeändert werden, sie kann auch ausgeschlossen werden, da sie ja dispositiver Natur ist.

Nach meiner Auffassung ist die Gewährleistungspflicht, wie bereits öfters erwähnt, etwas von der Erfüllung völlig verschiedenes, zusätzliches, eine gesetzliche Garantie. Süß wendet sich scheinbar gegen eine solche Auffassung, wenn er sagt: „Auf der anderen Seite (nämlich außer von der Erfüllungspflicht, d. Verf.) muß die Gewährleistung wo sie unser Gesetz technisch verwendet, auch abgegrenzt werden von der Garantie. Etymologisch sind beide Worte gewiß dasselbe, was aber nicht hindert, daß sie im Laufe der Zeit eine verschiedene terminologische Bedeutung erlangten. Unter Garantie versteht man — wenn man wiederum von einer zahllosen, populären, nicht technischen Bezeichnung absieht, die mit diesem Worte vorgenommen werden — gerade das Gegenteil von Gewährleistung, nämlich eine Erfüllungspflicht, die meist durch Nebenvertrag übernommen wird. Wer Fehlerfreiheit garantiert, hat nicht für Sachmängel Gewähr zu leisten, sondern gerade darüber hinaus die Mängelfreiheit durch Nachbesserung oder sekundär durch Schadenersatzleistung herbeizuführen, wozu er aufgrund echter Gewährleistung gerade nicht verpflichtet ist. Während die Gewährleistung eintritt, weil rechtlich Leistung und Gegenleistung nicht äquivalent sind, besteht infolge der Garantieübernahme eine solche rechtliche Inquivalenz überhaupt nicht". (S. 224/25). Süß denkt dabei anscheinend zu sehr an den Garantievertrag. Eben

deshalb habe ich ausdrücklich die Gewährleistung als eine gesetzliche Garantie, man kann auch sagen, Garantie kraft Gesetzes, bezeichnet. Denn eine vertraglich übernommene Garantie setzt immer einen entsprechenden Vertrag voraus. In diesem Falle wäre die hier von Süß vertretene Ansicht richtig und die Garantie dann naturgemäß Erfüllung dieses besonders geschlossenen Vertrages. Im übrigen halte ich dies für einen Streit um Worte.

Ich glaube aber, daß die Definition „Gewährleistung ist etwas von der Erfüllungspflicht scharf zu Unterscheidendes, eine gesetzliche Garantie für das Vorhandensein gewisser Eigenschaften", deren Wesen ausdrückt, ohne gegen den Sinn der Süß'schen Auffassung, zu verstoßen. Ich glaube auch, daß in diesem Satz alles wesentliche und für die Gewährleistung Typische enthalten ist.

Von diesem Begriffe ausgehend, unter Beibehaltung der strengen Trennung zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht soll nun an das Kernproblem der Konkurrenz der verschiedenen Ansprüche herangegangen werden.

II. Das Nebeneinander von Ansprüchen.

In erster Linie soll geprüft werden, ob neben den Gewährleistungsansprüchen die allgemeinen Ansprüche aus §§ 323ff. und die Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung, ferner die aus unerlaubter Handlung geltend gemacht werden können.

In der Literatur wird teilweise ein solches Nebeneinander überhaupt abgelehnt. So Dernburg in seinem „Die Schuldverhältnisse, Recht des Deutschen Reiches und Preußens." Er sagt hierzu auf S. 77 „Der Käufer kann nicht die Vorschriften der §§ 325, 326 geltend machen, wenn eine mangelhafte Sache geliefert wird. Diese Vorschriften betreffen gegenseitige Forderungen auf Erfüllung. Wo es sich nur um Gewähr für Sachmängel handelt, besteht . . . ein solcher Anspruch nicht. Dies ist auch der Gedanke der Motive (II, S. 229: „Aus §§ 383, 385 folgt, daß der Erwerber im Falle großer Fehlerhaftigkeit im Sinne des § 381 Abs. 2 ohne Mitunterlaufen

eines dolus des Veräußerers wie nach gemeinem Recht auf die ädilizischen Rechtsmittel beschränkt ist). Dies mit Recht. Würde doch die für den Verkehr so wichtige Lehre durch Heranziehung der §§ 325, 326 äußerst kompliziert und in Verwirrung gebracht. Er führt weiter aus (S. 77/78): „Das römische Recht gewährte dem Käufer solche Ansprüche nur unter Voraussetzung des dolus des Verkäufers oder besonderer Zusage, verweigerte sie aber, wenn demselben bloß Fahrlässigkeit zur Last fiel; das Preuß. Recht gab Schadensersatzansprüche wegen jeden Verschuldens des Verkäufers bei Leistung fehlerhafter Sachen. Das BGB. steht auf dem Standpunkt des römischen Rechts. Dies geht u. E. unzweideutig aus den . . . Bestimmungen des § 463 hervor, wonach der Verkäufer auf Schadensersatz haftet, einmal wenn er beim Verkauf eine Eigenschaft zugesichert hat und 2. wenn er einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Solche Bestimmungen wären u. E. nicht möglich gewesen, wenn das Gesetz davon ausgegangen wäre, daß der Verkäufer für jedes Verschulden bezüglich der Lieferung fehlerhafter Sachen schadensersatzpflichtig sei". Dernburg lehnt also jeden Schadensersatz, der über den Rahmen des § 463 hinausgeht, ab, er gibt aber in diesem Werk an anderer Stelle zu, daß von der Praxis Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung als zulässig angesehen werden, was er eine „Korrektur des Gesetzes" nennt. (S. 78). Ablehnend verhält sich auch Titze, wenn er in „Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht" auf S. 227 schreibt: „Trotzdem die Mangelhaftigkeit der Ware in aller Regel einen vom Verkäufer zu vertretenen Umstand darstellt, ist doch prinzipiell auszuschließen der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen der der Sache anhaftenden Fehler. Das ergibt sich auch mittels Argumentum e contrario aus den §§ 462/463. Hiernach kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn entweder der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlte oder wenn der Verkäufer die Fehler arglistig verschwiegen hat (S. 463 Anm. 45):

dort heißt es „Abgesehen von diesen beiden Fällen steht also dem Käufer aus dem Kaufvertrage ein Schadensersatzanspruch auch dann nicht zu, wenn die Sache durch Verschulden des Verkäufers eine mangelhafte geworden ist oder wenn er die Fehler bei Abschluß des Kaufvertrages infolge Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht gekannt hat. Denn die dem Käufer wegen Fehlerhaftigkeit der Ware zustehenden Ansprüche sind vom BGB. in dem von der Mängelgewähr handelnden Abschnitte (§§ 459—493) erschöpfend geregelt. Rechte, die ihm hier nicht ausdrücklich zugesprochen worden sind, kann der Käufer nicht aus obligationsrechtlichen Grundsätzen ableiten. . . . Es ist wohl auch rechtspolitisch durchaus zu billigen, daß der Käufer, wenn ihm auf der einen Seite Rechte gegen den Verkäufer verliehen werden, die der Gläubiger sonst nur im Falle einer culpa des Schuldners hat, auf der anderen Seite nicht alle Ansprüche bekommt, die dem Gläubiger für gewöhnlich aus einem Verschulden des debitor erwachsen". Zu diesem letzten Satze sei gleich hier bemerkt, daß die Stellung des Verkäufers keineswegs unberechtigt so ist, wie sie durch die Gewährschaft gestaltet wird. Ich bin deshalb absichtlich im Obigen etwas auf den Rechtsgrund der Gewährleistung eingegangen. Aus dieser Darstellung dürfte ersichtlich sein, daß die schlechte Stellung des Verkäufers nur eine scheinbare ist, nicht derartig, wie Titze andeutet. Im übrigen leiten beide Autoren wie alle Gegner eines Nebeneinander von Gewährleistungs- und anderen Ansprüchen, die von ihnen behauptete Unmöglichkeit einer solchen Konkurrenz von der Spezialität der Gewährleistungsvorschriften ab. Beide Autoren stützen sich dabei darauf, daß von Schadensersatz im § 463 die Rede ist, daß eine weitere Möglichkeit jedoch im Gesetze hätte erwähnt werden müssen. Sie stehen auf dem Standpunkt, daß die Regelung des BGB. eine lex specialis darstellt, daß im Verhältnis zu anderen Ansprüchen also Gesetzeskonkurrenz besteht.

Anderer Ansicht ist u. a. auch der Kommentar von

Oertmann (§ 463, 1): „In Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht gibt auch das BGB. dem Käufer neben den ädilizischen Rechtsmitteln u. U. einen Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse. Dies nämlich, wenn der Mangel durch einen nach dem Vertragsschluß eintretenden gemäß §§ 276ff. vom Verkäufer zu vertretenden Umstand verursacht wurde. Das wird zwar für den Verkauf nicht besonders ausgesprochen, ergibt sich aber als Folgerung aus der allgemeinen Lehre des Schuldrechts." Unter § 463, 2b schreibt Oertmann: „... Ist umgekehrt die versprochene Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlußes vorhanden, nachher aber wieder verschwunden, so tritt die Interessehaftung des § 463 nicht ein, da der § für diesen Fall nichts bestimmt. Auch die Voraussetzungen einer analogen Anwendung fehlen. Wohl aber kann, wenn sich das vor Uebergang der Gefahr ereignete, (§ 446) darin der Eintritt einer teilweisen Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers gesehen werden, im Sinne des § 323, sodaß der Käufer den Preis nach §§ 472/473 zu mindern berechtigt ist. Anders bei Verschulden des Verkäufers und übernommener Garantie auch für die Zeit bis zum Gefahrübergang." Oertmann läßt also die Anwendung allgemeiner schuldrechtlicher Vorschriften auch beim Kaufvertrag zu, nach ihm ist bei entsprechendem Tatbestand eine Anspruchshäufung möglich. Allerdings macht er dabei keinen Unterschied, ob es sich um eine Species — oder um eine Gattungsschuld handelt. Hier unterscheidet Enneccerus: Er geht davon aus, daß beim Specieskauf die Sache geschuldet wird, wie sie ist, ferner daß die Gewährleistung eine gesetzliche Garantie ist, scharf zu trennen von der Erfüllungspflicht. Er schreibt dann (§ 335, I. 1): „Daraus ergibt sich mehrfaches: erstens bezüglich der schon beim Kaufabschluß vorhandenen Mängel ist der Käufer auf die Gewährleistungsansprüche beschränkt. Diese Beseitigung des (hebbaren) Mangels kann er daher nur dann verlangen, wenn ihm wegen arglistigen Verschweigens oder Zusicherung ein Schadensersatzanspruch zusteht (49), nicht wenn er nur minderungs- oder wandlungs-

berechtigt ist. Er hat ferner wegen des Mangels keine Einrede des nicht erfüllten Vertrags (der Verkäufer schuldet ja die Sache, wie sie ist, Mängelfreiheit gehört bei der Speciessache aber nicht zur Erfüllungspflicht; d. Verf.) sondern kann nur die seinen Gewährleistungspflichten entsprechenden Einreden vorschützen. Zweitens, ist dagegen der Mangel erst nach Kaufabschluß entstanden, so hat der Käufer (sofern der Mangel vor dem Gefahrübergang eintrat) zwar auch die Gewährleistungsansprüche auf Minderung oder Wandlung, daneben aber stehen ihm, wenn der Mangel durch Verschulden oder Verzug des Verkäufers verursacht ist, die Rechte wegen Nichterfüllung, insbesondere ein Schadensersatzanspruch nach §§ 276, 278, 280, 286 zu. Auf diese Ansprüche muß indes die kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche (477) analog angewendet werden, insofern es sich um Ansprüche wegen des Mangels selbst, nicht wegen des mittelbar für andere Gegenstände verursachten Schadens handelt." Auf die hier durch Enneccerus aufgeworfene Frage, ob die kurze Verjährung analog anzuwenden ist, werde ich am Schluße dieser Zusammenstellung ebenfalls eingehen. Enneccerus gibt jedenfalls bei vorliegendem Verschulden ein Nebeneinander der Ansprüche ohne weiteres dann zu, wenn die Sache bei Vertragsschluß, jedoch noch vor Gefahrübergang beim Verkäufer verschlechtert wurde. Daß eine Verschlechterung noch vor Gefahrübergang eintrat, ist selbstverständlich Voraussetzung, da ja sonst der Tatbestand der Gewährleistung nicht mehr erfüllt werden könnte und eine Anspruchshäufung schon aus diesem Grunde unmöglich wäre. Beim Gattungskauf läßt Enneccerus dem Käufer zwei Möglichkeiten. Er kann sich auf den Standpunkt stellen, daß die mangelhafte Leistung dem Inhalt der Erfüllungspflicht nicht entspricht, daß also Konzentration noch nicht eingetreten und nicht erfüllt ist. Denn der Verkäufer hat ja eine Ware mittlerer Art und Güte zu liefern. Dazu sagt Enneccerus (§ 336, I. 1) folgendes: „Hieraus ergibt sich u. a.: . . . Der Gattungskäufer kann die Leistung der angebotenen mangelhaften

Sache auch von vorneherein ablehnen und sich gegen die Klage auf den Kaufpreis durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags schützen; er kann den Verkäufer auch nach der mangelhaften Leistung noch in Verzug setzen und der schon vorher eingetretene Verzug wird durch die mangelhafte Leistung nicht behoben, sodaß in beiden Fällen die Rechte aus § 226 ausgeübt werden können; wegen schuldhaft mangelhafter Leistung ist ferner ein Ersatzanspruch wegen positiver Forderungsverletzung begründet, was, wenn daraus ein weiterer Schaden entstanden ist, besonders ins Gewicht fällt. Ein Recht, statt der mangelhaften eine mangelfreie Sache zu liefern, hat der Schuldner an sich nicht; doch kann, wenn er sich dazu sofort erbietet, die Ablehnung Treu und Glauben widersprechen". Eingefügt sei hierbei, daß Enneccerus in diesem Zusammenhang nicht erwähnt, ob auch beim Gattungskauf dann die Vorschriften über die kurze Verjährung bei Geltendmachung einer Forderung aus positiver Vertragsverletzung oder auch bei den Ansprüchen der §§ 323 ff. analog zu gelten haben. Ich glaube jedoch, daß derselbe dies im Anschluß an seine Ausführungen unter § 335 als selbstverständlich hält. Denn mit welcher inneren Berechtigung sollte der Käufer einer Gattungssache besser gestellt werden, als der einer Speciessache? Darüber hinaus gesteht Enneccerus dem Käufer die Gewährschaftsansprüche und Ansprüche aus § 463 BGB. zu. Den Anspruch aus § 480 bezeichnet er an gleicher Stelle dieses Lehrbuchs „als nichts anderes als die ursprüngliche Kaufforderung". Demnach hätte zusammengefaßt der Käufer folgende Möglichkeiten:

a) er kann die Gewährleistungsansprüche geltend machen,
b) er kann anstatt zu wandeln oder zu mindern, verlangen, daß ihm anstelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird,
c) er kann den Verkäufer in Verzug setzen und die Ansprüche des § 326 geltend machen,
d) er kann bei gegebener Sachlage die Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung geltend machen.

Die Ansprüche unter a) und b) unterliegen gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift der kurzen Verjährung. Auf die unter c) und d) sind diese Vorschriften nach Ansicht von Enneccerus ebenfalls anzuwenden.

Gegen die Ansichten von Enneccerus, daß ein Nebeneinader von Ansprüchen in der angegebenen Weise möglich sei, wendet sich auch nicht ausdrücklich die des Kommentars von Planck. Dieser macht ebenfalls einen Unterschied zwischen den Verhältnissen beim Gattungs- und Specieskauf. Nach seiner Auffassung gehört ebenfalls die Lieferung einer mangelfreien Sache beim Gattungskauf zur Erfüllungspflicht. Die Stelle, aus der ich entnehme, daß nach Planck'scher Auffassung jedenfalls beim Gattungskauf ein Nebeneinander möglich sein kann, lautet (§ 459c): „Die im § 459 Abs. 1 dem Verkäufer auferlegte Haftung bedeutet nicht, daß beim Specieskauf die Fehlerfreiheit zur Erfüllungspflicht gehörte, denn damit würde der Verkäufer, wenn der Fehler sich nicht beseitigen läßt, zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet sein; (Enneccerus § 335, 1) übrigens folgt aus der hier vertretenen Ansicht nicht, daß der Käufer durch Verweigerung der Annahme der mangelhaften Sache in Gläubigerverzug geriete. Die hier fragliche Haftung des Verkäufers begründet für den Käufer im allgemeinen lediglich die in § 462 bestimmten Rechte auf Wandlung und Minderung. Anders liegt die Sache beim Gattungskauf. Hier gehört die Lieferung einer mangelfreien Sache in der Tat zur Erfüllungspflicht des Verkäufers und aus diesem Grunde gewährt § 480 dem Käufer den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache, neben dem ihm außerdem Gewährungsleistungsansprüche zustehen".

Ich möchte im folgenden selbst zu den einschlägigen Fragen, zunächst zu der Frage der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Unmöglichkeitsansprüchen Stellung nehmen.

1. a) Beim Kauf einer Speciessache wird, wie schon festgestellt wurde und dieser Ansicht sind Süß, Planck, Enneccerus u. a. — nicht eine fehlerfreie Sache, sondern

eine Sache, wie sie eben ist, geschuldet. Also keine Idealsache, sondern das „Toũto toioũto“ wie Süß es nennt. Nehmen wir also an, eine fehlerhafte Spezialsache wird gekauft, sie ist bei Kaufabschluß mit diesen Fehlern, die der Käufer aber nicht kennt, behaftet und wird in diesem Zustand übergeben. Wie wir gesehen haben, hat der Verkäufer damit seiner Erfüllungspflicht Genüge getan und nachdem die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist, setzt die Gewährleistung ein. Nun der gleiche Fall etwas anders: die Sache ist beim Kauf fehlerfrei, wird aber noch in der Hand des Verkäufers mangelhaft, geht in diesem Zustand auf den Käufer über und damit auch die Gefahr. Unbestritten setzen einmal die Gewährleistungsansgrüche ein. Soll nun der Käufer noch andere Ansprüche haben? (Unterstellt wird, daß ein Verschulden des Verkäufers nicht vorliegt). Zur Entscheidung dieser Frage scheint mir von größter Wichtigkeit zu wissen, was beim Specieskauf eigentlich geschuldet ist. Doch, wie wir gesehen haben, keine Idealsache. Denn warum soll eine Speciessache, die geschuldet wird, wie sie ist, im zweiten Fall plötzlich als Idealsache geschuldet sein? Süß führt zu diesem Punkte an (S. 226/27): „Die Anhänger der Theorie, daß beim Spezieskauf keine mangelfreie Sache geschuldet sei, sondern die Sache so, wie sie beim Vertragsabschluße geschuldet ist, führen hierzu zur Widerlegung der Gegner stets folgendes an: wenn diese Sache geschuldet sei, so sei keine Idealsache geschuldet, sondern die Sache, wie sie ist. Wenn sie nun aber hinzusetzen, daß sie so zu liefern sei, wie sie beim Vertragsabschluß ist, so kann dies doch diesem richtigen Grundsatz widersprechen, wenigstens in vielen Fällen, nämlich dann, wenn der Fehler nach Vertragsschluß entstand. Hier ist also doch nach dieser Auffassung eine Idealsache zu leisten, obgleich diese Sache bei der Uebergabe eben nicht mangelfrei ist. Warum im ersten Falle es logisch unmöglich ist, bei Speciesschulden eine Idealsache zu fordern, während es im zweiten Falle plötzlich nicht nur möglich, sondern notwendig konsequent sei, ist keineswegs einzusehen. Mir erscheint es überhaupt in

erster Linie auf den letzteren Zeitpunkt anzukommen; denn wenn keine Idealsache bei Speciesschulden geschuldet sein kann, dann wohl erst recht nicht im Zeitpunkt der Uebergabe; d. h. die Species- kann nicht so geschuldet sein, wie sie bei Vertragsschluß war, sondern so, wie sie überhaupt ist, noch ist, jetzt ist, im Zeitpunkt der Vertragsausführung, hier wohl des Gefahrüberganges. Daß man daneben das Bedürfnis fühlt, vom Verkäufer verschuldete Veränderungen der Sache zwischen Vertragsschluß und Gefahrübergang zu erfassen, ist eine ganz andere Frage. Aber das geschieht nicht indem man eine Nichterfüllung einer Leistungspflicht (Leistung einer Species Idealsache) unlogischerweise konstruiert, sondern indem man nach den allgemeinen Regeln entweder eine unerlaubte Handlung oder die schuldhafte Verletzung einer anderen Vertragspflicht (Obhutspflicht, Sorgfaltspflicht usw.) annimmt, die eben in diesen Fällen einzig und allein vorliegt."

Mit diesem letzten Satze räumt Süß zugleich die Möglichkeit einer Konkurrenz der Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung ein. Dazu will ich weiter unten Stellung nehmen. Immerhin haben diese Ausführungen von Süß etwas bestechend Logisches an sich. Die Sache ist eben geschuldet, wie sie ist. Wurde die Sache nach Vertragsschluß ohne Verschulden des Verkäufers verändert, so hat der Käufer auf alle Fälle zur Regulierung, d. h. zur Herstellung seines Interessenausgleichs oder, um mit Blume zu sprechen, zur Entschädigung für seine Enttäuschung die Gewährleistungsansprüche und die Ansprüche des § 443 BGB. Es bedarf darüber hinaus eigentlich weiterer Ansprüche nicht, um ihm zu geben, was ihm zusteht, will man einmal von der kurzen Verjährung absehen. Das Bedürfnis nach anderen Ansprüchen könnte nur vorliegen, wegen der Vorschriften des § 477. Nimmt man aber an, daß es beim Speciskauf darauf ankommt, wie die Sache im Gefahrübergang sich befindet und daß sie so geschuldet ist, wie sie in diesem Augenblick ist, (was m. E. richtig ist), so entfällt die Anwendbarkeit der Unmöglichkeitsvorschriften des all-

gemeinen Teils. Wie Süß sehr verständlich dargelegt hat, läßt sich ein derartiger Standpunkt wohl vertreten. Gerade deshalb weil mir kein Grund ersichtlich ist, warum im ersten der erwähnten Fälle die Sache fehlerhaft geschuldet wird, im zweiten aber plötzlich eine Idealsache sein soll, möchte ich mich dem Standpunkte anschließen, daß es beim Specieskauf darauf ankommt, in welchem Zustand sich die Kaufsache befindet, wenn sie an den Käufer übergeben wird. Demnach ist es aber dann auch ausgeschlossen, daß es dem Verkäufer plötzlich unmöglich sein soll, — verschuldet oder unverschuldet — eine Sache nicht in dem Zustand zu liefern, der bei der Vereinbarung bestanden hat. Da ja gerade die Sache speziell gekauft ist, kommt es auf ihren Zustand im Augenblick des Kaufvertrags gar nicht an. Die Erfüllungspflicht verlangt nur die Verschaffung dieser Sache. Mit dem Wegfall der Konkurrenz der Ansprüche aus unmöglicher Leistung und der Gewährleistung entfällt beim Specieskauf eine gewaltige Komplizierung des Kaufrechts. Mir scheint aber ein Nebeneinander hier dogmatisch unmöglich.

Nimmt man aber den Standpunkt ein, beim Kauf einer Speciessache könne eine Unmöglichkeit vorkommen, da es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlußes ankomme, so muß ein Nebeneinander dieser Ansprüche und der Gewährleistungsansprüche logisch anerkannt werden. Denn im einen Fall handelt es sich um Ansprüche, die ihre Wurzel in der Erfüllungspflicht haben, die also auf ein Verschulden oder eine Vertretbarkeit des Verkäufers abstellen, im Falle der Gewährleistung dagegen spielt dies keine Rolle. Diese ist, wie wir gesehen haben, einfach zusätzliche Haftung, gesetzliche Garante. Die Rechtssphäre und die Tragweite beider Arten von Ansprüchen sind gänzlich verschieden. Unter diesen Umständen kann aber niemals eine Gesetzeskonkurrenz in Betracht kommen, sondern nur eine Anspruchshäufung. In diesem Falle sehe ich dann aber nicht ein, warum man die Vorschriften über die kurze Verjährung analog angewendet wissen will, wenn

man schon dem Käufer den Vorteil — rein aus dogmatischen Gründen — zukommen lassen muß, die Ansprüche aus §§ 323 ff. geltend zu machen. Die Ursache dieser Ansprüche ist eine ganz andere als die der Gewährleistung. Die Ansprüche fußen in einem Verschulden des Verkäufers. Es würde in diesem Falle, ohne jeglichen rechtlichen Grund, der Schuldner (hier also der Verkäufer) beim Kaufvertrag besser gestellt sein, als bei jedem anderen Schuldverhältnis, andererseits der Gläubiger (Käufer) benachteiligt sein. Denn die innere Berechtigung der kurzen Verjährung liegt m. E. ja, abgesehen von dem praktischen Bedürfnis dieses so außergewöhnlichen Instituts darin, daß die Gewährleistungsvorschriften eben ohne Verschulden des Verkäufers Platz greifen.

Doch kommen m. E. die Vorschriften der §§ 323 ff. aus dem oben angeführten Grunde nicht in Betracht.

b) Anders ist die Sache beim Gattungskauf. Wenn auch der Käufer hier noch etwas mehr bekommen hat, nämlich die Ansprüche aus § 480, die anstelle der Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können, wenn dadurch auch, wie Enneccerus sagt, die ursprüngliche Forderung nochmals auflebt, so ändert dies nichts daran, daß der Käufer doch auch seine Ansprüche aus der Erfüllungspflicht des Verkäufers sämtlich geltend machen kann. Wohl hat der Käufer ein Mehr als bei einem anderen schuldrechtlichen Geschäft. Dies führe ich aber darauf zurück, daß bei Mängeln dem Käufer eben sehr viele Möglichkeiten gegeben sein sollen, damit sich der wirtschaftlich so häufige und wichtige Kauf reibungslos abspielen kann. Dogmatisch muß jedenfalls streng unterschieden werden zwischen der Erfüllungspflicht und der Gewährleistungspflicht. Erstere ist Vertragspflicht, letztere ist gesetzliche Garantie, zusätzliche Haftung, ohne jegliche Rücksicht auf Verschulden. Es besteht keine Vorschrift im BGB., aus der die Einschränkung ersterer zu entnehmen ist. Die Auswirkungssphären dieser beiden Pflichten überschneiden sich wohl beim Gattungskauf, beide Pflichten fallen hier auch zusammen, trotzdem ist weder die Erfüllungspflicht

in der Gewährleistung, noch die Gewährleistung in der Erfüllungspflicht enthalten. Es kann daher zwischen beiden nicht Gesetzeskonkurrenz bestehen, sondern es liegt Anspruchshäufung vor. Wohl erklären Dernburg, Titze u. a. ein Nebeneinander für unmöglich, weil die Ansprüche des § 276 und der §§ 323ff. nicht ausdrücklich für das Kaufrecht als anwendbar erklärt sind, doch muß eine derartige Erklärung als zu formal angesehen werden. Auch kann, will man schon ähnlich argumentieren, dann auch entnommen werden, daß die allgemeinen Vorschriften für den Kauf Geltung haben, weil eine dem § 324 entsprechende Vorschrift, die also aufs Kaufrechtliche übertragen, den Abnahme- und Zahlungsverzug, bezw. beim Tausch den Austauschverzug, regeln würde, nicht gegeben ist, insofern als auch die Vorschriften des allgemeinen Teils zu gelten haben. Mit derartigen formalen Gründen läßt sich m. E. eine Entscheidung über die Konkurrenz nicht treffen. Man muß schon auf das Wesen eingehen. Diesem zufolge sind aber die Ansprüche aus Gewährleistung und aus den §§ 323ff. grundverschieden, sodaß dogmatisch ein Nebeneinander möglich sein muß. Was die Frage der analogen Anwendung der Vorschriften über die kurze Verjährung anbelangt, möchte ich folgende Stellung nehmen. Ich glaube, daß man dadurch dem Käufer ein Recht beeinträchtigen würde, ohne daß dazu Anlaß gegeben ist. Gründen doch die Ansprüche, die der Käufer wegen Unmöglichkeit geltend machen kann, auf einem Verschulden des Verkäufers oder doch auf einem Umstand, den dieser zu vertreten hat. Im Gegensatz dazu Gewährleistung!

Um andererseits nicht eine zu große Verkehrsunsicherheit aufkommen zu lassen, wie es der Fall wäre, wollte man eine Verjährung erst nach langen Jahren eintreten lassen, erscheint es mir rein aus praktischen, rechtspolitischen Gründen zweckmäßig und notwendig, hier einen Ausgleich auf andere Weise zu schaffen. M. E. ist gerade die „Verwirkung", die in der Praxis in letzter Zeit eine große Rolle spielt, das geeignete Mittel, zu verhindern, daß der Käufer durch allzu spätes Geltendmachen seiner

Ansprüche die Verkehrssicherheit gefährde. Die Verwirkung könnte m. E. im Einzelfalle den erforderlichen Zustand schaffen.

2. Es bleibt nun noch zu erörtern, wie es sich im Falle der Verschlechterung vor Gefahrübergang infolge einer positiven Vertragsverletzung oder einer unerlaubten Handlung mit dem Nebeneinander von Ansprüchen verhält. Also dann, wenn der Verkäufer schuldhaft eine Obhutstreue oder Sorgfaltspflicht verletzt hat, oder gar die Sache selbst schuldhaft verletzt hat. Auch hier kann ich den Standpunkt von Titze und Dernburg nicht teilen, wohl aber den von Süß, Enneccerus, Planck, Oertmann u. a. Der Rahmen des Anspruchs aus § 276 und §§ 823 ff. ist ein völlig anderer als der der Gewährleistungsvorschriften. Auch der Zweck ist ein ganz anderer. Beide Vorschriften können sich bei einem gegebenen Tatbestand wohl überschneiden, nie aber ist eine Gesetzesnorm in der anderen so enthalten, daß sie durch diese ausgeschlossen würde. Es besteht zwischen diesen Vorschriften also im gegebenen Falle Anspruchshäufung, nie aber Gesetzeskonkurrenz Gewährleistung und positive Vertragsverletzung sind wesensfremd und haben einen verschiedenen Rechtsgrund. Ebenso die Vorschriften, die die Ansprüche aus unerlaubter Handlung regeln. Uebrigens wird heute allgemein nicht mehr bestritten, daß diese letzteren Vorschriften neben denen der Gewährleistung Anwendung finden können. Ich halte daher, ferner aus den gleichen Gründen, die Süß und Enneccerus angegeben haben, ein Nebeneinander der Gewährleistungsansprüche, der Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung und der Ansprüche aus unerlaubter Handlung für möglich. Auch hier gilt m. E. im Einzelfalle je nach Sachlage wieder das, was ich vorhin bei Erwähnung des Instituts „Verwirkung“ angeführt habe.

III. Ist auch ein Nebeneinander von Gewährleistungsansprüchen und Anfechtung wegen Irrtums möglich?

Ich muß vorausschicken: Festzuhalten ist vor allem daran, daß es niemals möglich ist, beide Ansprüche gleich-

zeitig geltend zu machen, daß also der Kläger z. B. nicht Rücknahme der Ware verlangen kann, aus dem Gesichtspunkt der Wandlung und gleichzeitig deshalb, weil er den Kaufvertrag wegen Irrtums anficht. Dies liegt in der Natur der beiden Rechte. Denn während die Wandlung die Gültigkeit des Grundgeschäfts, also des Kaufvertrags nicht berührt, hat die Anfechtung wegen Irrtums zur Folge, daß der Vertrag von Anfang an als nichtig, d. h. als niemals vorhanden gewesen, anzusehen ist. Ja die Voraussetzung des Wandlungsanspruches ist das Bestehen eines gültigen Kaufvertrages, die Anfechtung aber zerstört diesen. Es könnte daher — will man eine Möglichkeit zugeben, daß beide Ansprüche möglich sind, der Käufer zunächst wegen Irrtums anfechten und erst in zweiter Linie, wenn er damit nicht durchdringt, auf Wandlung klagen. Eine Konkurrenz der Ansprüche ist aus diesem Grunde nur theoretisch möglich, dogmatisch dann, wenn aufgrund eines Sachverhalts die Voraussetzungen beider Ansprüche gegeben sind; praktisch geltend gemacht kann aber nur einer werden. In dieser Abhandlung ist daher nur die Frage zu behandeln, ob angesichts der Gewährleistungsansprüche überhaupt (theoretisch) die Voraussetzung der Anfechtung wegen Irrtums gegeben sein kann.

Stehen nun dem Käufer beide Möglichkeiten zu, und kann er von diesen je nach Belieben und Interesse entweder von dem einen und von dem anderen Gebrauch machen?

Eine praktische Bedeutung gewinnt diese Frage dann, wenn die Gewährleistungsansprüche wegen Verjährung nicht mehr geltend gemacht werden können und in diesem Zeitpunkt erst der Verkäufer den Mangel bemerkt, an dessen Nichtvorhandensein er — und das muß hervorgehoben werden — bereits bei Vertragsabschluß gedacht hat. Denn eine Voraussetzung des § 119 Abs. 2 ist ja, daß der Käufer über eine wesentliche Eigenschaft der Sache im Irrtum war. Dies erfordert aber, auf die Verhältnisse des Kaufrechts angewandt, daß der Käufer sich das Vorhandensein der mangelnden Eigenschaft vorgestellt und in-

folge dieser Vorstellung den Vertrag abgeschlossen hat. Eine Unkenntnis des Fehlers ist noch lange kein Irrtum! Mit Recht sagt Lent in seinem Werk „Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß“ (S 351): „Die Ansprüche aus § 459 Abs. 1 stehen dem Käufer zu, auch wenn er sich keine falsche Vorstellung gemacht hat, die Anfechtung nur, wenn er an die betreffende Eigenschaft gedacht hat. Im folgenden Beispiel könnte also theoretisch Anspruchshäufung von Gewährleistung und dem Recht, wegen Irrtums anzufechten, gegeben sein: der Käufer kauft eine gewisse Menge Zement, weil er sich bei dieser Sorte eine besonders gute Bindefähigkeit vorstellt und gerade deshalb diesen Zement kauft. Die Eigenschaft wird ihm — um besonders scharf hervorzuheben, worauf es ankommt — vom Verkäufer zugesichert, der ebenfalls an dieselbe glaubt. Dem Zement fehlt die besondere Bindefähigkeit aber bereits von Anfang an. Die Sache wird nun übergeben in dem mangelhaften Zustand, in dem sie sich befindet und ohne die zugesicherte Eigenschaft. Mit Uebergang der Gefahr setzen unbestritten die Gewährleistungsansprüche des Käufers ein. Dieser bemerkt den Fehler jedoch erst einige Zeit nach Ablauf der Gewährsfrist. Gerade bei Baumaterialien ist dies leicht möglich. Soll er im Gegensatz zu anderen Rechtsgeschäften hier nicht wegen Irrtums anfechten können, nur deshalb, weil es sich um einen Kaufvertrag handelt? Es könnte eine Anfechtung vielleicht für ihn von großer Bedeutung sein. Lassen wir bei dieser Betrachtung einmal völlig außer Acht, daß er wegen des negativen Interesses, das er im Anfechtungsfalle zu ersetzen hätte, praktisch im obigen Falle vielleicht nicht anfechten würde.

Die Frage, ob nun eine Anfechtung beim Kaufvertrage möglich ist, ist in der Literatur sehr bestritten. Planck lehnt dies ab. (Kom. § 459 1 a): „Ist wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung ein Vertrag anfechtbar und wird er deswegen angefochten, so ist er als von Anfang an nichtig anzusehen und es entfällt damit die Grundlage für die Gewährleistungsansprüche (RG. 49/422, im

Recht 1915, 2218). Daher ist, wenn Nichtigkeit des Kaufs geltend gemacht wird, darüber zu entscheiden, ehe auf die Gewährleistungsansprüche eingegangen wird (RG. 87/256). Wegen eines Fehlers, für den der Verkäufer nach § 459 haftet, steht übrigens dem Käufer niemals ein Anfechtungsrecht zu". Wie ich bereits angeführt habe, ist es naturgemäß nicht möglich, anzufechten und gleichzeitig Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Ob aber nicht beim Kauf an und für sich das Anfechtungsrecht auch gegeben ist, darüber möchte ich erst weiter unten entscheiden. Dernburg lehnt ebenfalls die Möglichkeit, daß wegen Irrtums beim Kauf angefochten werden kann, ab, er räumt aber eine Anwendung des § 119 dann ein, wenn etwas anderes als die gewollte Sache geliefert wurde. Er geht von dem Gedanken aus, daß das BGB., wie es in Kraft gesetzt wurde, so als einheitliches Ganzes zu durchdenken und zu behandeln sei. Er führt dann weiter aus (S. 80): „Hiernach sind die Bestimmungen der §§ 459 ff. durchzuführen und dürfen nicht durch die Anwendung allgemeiner Bestimmungen über Irrtum scheitern. Die besondere Regelung über Sachmängel muß vorwiegen." Er fährt dann aber fort: „Nach dieser Auffassung ist die Anfechtung der Erwerbsgeschäfte wegen Irrtums über Eigenschaften keineswegs ausgeschaltet, der § 119, 2 wegen ihrer nicht beiseite gestellt, vielmehr wird er nur beschränkt. Er greift in den Fällen ein, in welchen es sich nicht um Mängel handelt, für welche Gewähr zu leisten ist, vielmehr dann, wenn infolge des Irrtums über Eigenschaften eine Sache anderer Art gekauft erscheint als gewollt wird, z. B ein Faß Margarine, da man ein Faß Butter kaufen wollte. Dann handelt es sich hier in der Tat infolge eines Irrtums über Eigenschaften um Irrtum über das Geschäft. Es ist dann etwas anderes gekauft, als gewollt. Wer aber ein fehlerhaftes Pferd kauft, will Pferdekauf. Daher ist hier die Sphäre der Gewährmängel, nicht der Anfechtung wegen Irrtums". Dernburg läßt also eine Anfechtung nur dann zu, wenn es sich um ein sog. aljud handelt.

Ablehnend verhält sich auch das Reichsgericht (Bd. 61/171): „ . . . Denn das Gesetz hat die für die Wandlungsklage gegebenen besonderen Vorschriften sowie geschehen ausgestaltet, um dem Verkehr die notwendige Sicherheit zu geben und um gerade Kaufgeschäfte, die im rechtlichen Verkehr eine Hauptrolle spielen, einer glatten Abwicklung in verhaltnismäßig kurzen Fristen entgegenzuführen. Dies war bekanntlich bereits im gemeinen Recht der Grund, aus dem sich die besondere Behandlung der an die sog. ädilizischen Fehler sich anknüpfenden Ansprüche erklärte, und er ist auch in der preuß. Gesetzgebung für deren Vorschriften über die Gewährleistung für „natürliche, die Sache selbst betreffende Fehler“ (§ 343 ALR. L. 5) maßgebend gewesen. Wollte man nun aber wegen der Nichtkenntnis des ädilizischen Fehlers neben der Wandlungsklage auch noch die Anfechtung aus § 119, 2 wegen Irrtums zulassen, so würden damit alle Bestimmungen illusorisch gemacht, die das BGB. mit gutem Bedacht getroffen hat, um die Verkehrssicherheit zu schützen. . . . . vor allem aber fällt ins Gewicht, daß das Gesetz die Wandlungsklage einer kurzen Verjährung unterworfen hat, neben der beim Viehhandel noch die Gewährfristen in Betracht kommen, während die Klage auf Rückgabe des Geleisteten aus § 119, wenn nur die Anfechtung wegen Irrtums unverzüglich erfolgte, noch 29 Jahre zulässig wäre“. Letzterer Zustand wäre nach Ansicht dieser Entscheidung mit den Anforderungen des Verkehrs unvereinbar. Bemerkenswert ist jedoch, daß das Reichsgericht die theoretische Möglichkeit hierbei nicht in Abrede stellt, sondern seine ablehnende Haltung einmal damit begründet, daß sowohl im allgemeinen Landrecht, als auch in der preußischen Gesetzgebung der Grund der Gewährleistung war, die Ansprüche auf Kauf schnell zu erledigen, ebenso wie das BGB. aus diesem Grunde zur kurzen Verjährung der Gewährleistung geschritten ist, daß aber eben diese kurze Verjährung durch die Anwendung der Irrtumsvorschriften unwirksam würde. Zu der strittigen Frage führt Lent aus (S. 347): eine Gesetzeskonkurrenz liegt nicht vor. „Es

müßte dazu entweder der Fehler der Sache nach § 459, 1 notwendig zugleich den Tatbestand des Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft erfüllen oder umgekehrt dieser Tatbestand stets den von § 459, 1. Keines von beiden ist der Fall. Wenn die Sache mit einem Fehler behaftet ist, so liegt damit nicht Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft vor, denn Fehler ist nicht nur Abwesenheit einer solchen, sondern umfaßt viel geringere Mängel. Wenn aber § 119, 1 gegeben ist, so liegt darum doch noch nicht ein Fehler vor, der nach § 459 verantwortlich macht, denn nun wird die Verschiedenheit des maßgebenden Zeitpunkts bedeutsam; Der Irrtum, die von der Vorstellung des Käufers abweichende Beschaffenheit der Sache, muß bei Abschluß des Kaufes gegeben sein, dann nur läßt sich von einem Irrtum sprechen, ist die Sache anders beschaffen, als der Käufer bei Abgabe der Willenserklärung gedacht hat". Daraus geht aber hervor, daß — wenigstens theoretisch — zwischen den beiden strittigen Mächten eine Anspruchshäufung vorliegen kann, daß beide Ansprüche je nach Sachverhalt also nebeneinander vorliegen, nicht aber geltend gemacht werden können. Ich muß und möchte Lent jedenfalls insoweit zustimmen, als auf keinen Fall eine Gesetzeskonkurrenz vorliegen kann, mögen auch die Gewährleistungsansprüche als eine Spezialvorschrift angesehen werden, weil der abstrakte Tatbestand keiner der beiden Normen im Tatbestand der anderen untergebracht werden kann. Lent nimmt auch zu der Entscheidung des Reichsgerichts Stellung und kommt dabei zu der Erkenntnis, daß diese nicht zur Stützung einer Gesetzeskonkurrenz herangezogen werden kann. (S. 355) „Es ist nun beachtenswert, daß nicht das Nebeneinander, von Anfechtung und Gewährleistung als widerspruchsvoll bezeichnet wird, (RG. 61/171), sondern die Möglichkeit der Anfechtung bei Ausschluß der Gewährleistung (wobei Verjährung der Ansprüche dem Ausschluß gleichgesetzt werden kann)". Das Reichsgericht legt nicht dar, daß die Zulassung der Anfechtung bedenklich ist in den Fällen, in denen dem Käufer die Ansprüche aus Ge-

währleistung zustehen und daß deshalb die Anfechtung subsidiär gegenüber diesen Ansprüchen ist, sondern etwas wesentlich anderes. Gerade wenn die Ansprüche ausgeschlossen sind oder wenigstens durch die Verjährung praktisch undurchführbar werden, soll auch die Anfechtung ausgeschlossen sein. „Diesen Gedanken, den Lent ausführlich darlegt, habe ich ebenfalls oben, bei der Erwähnung dieser Entscheidung angedeutet. Auf S. 360 kommt Lent zu folgendem Ergebnis: „Der Ausschluß der Anfechtung, der schon bei Zulässigkeit der Gewährleistungsansprüche nicht begründet werden kann, ist auch nicht bei Ausschluß derselben anzunehmen. Vielmehr stehen Anfechtung wegen Irrtums und Gewährleistung selbständig nebeneinander. Jene ist zulässig, auch wenn diese nicht besteht". Lent hält also ein Nebeneinander für möglich. (Nicht in der Form der Ideal-, sondern der Realkonkurrenz)! Lent überträgt diese sonst nur im Strafrecht üblichen Begriffe in das Zivilrecht, was m. E. ohne weiteres möglich ist. Auch Schwaiger tritt dafür ein, daß ein Nebeneinander möglich sein muß. (Anfechtung und Gewährleistung, S. 327): „Bei der Anfechtung wegen Irrtums . . . kreuzt sich der Willensmangel äußerlich insoweit mit den Voraussetzungen der Wandlung, als auch der Käufer der zur Wandlung berechtigt ist, die Mängel des Kaufgegenstandes nicht gekannt hat. Es entsteht ein Grenzgebiet, auf dem beide Tatbestände sich berühren". Schwaiger läßt dabei außer Acht, daß eine Kreuzung mit den Irrtumsvorschriften allerdings nur dann eintritt, wenn der Käufer bei Abschluß des Kaufvertrages an das Vorhandensein der Eigenschaft oder die Mängelfreiheit gedacht und sich darüber geirrt hat. Er geht dann auf die verschiedenen Ansichten, die über diese Frage herrschen ein, und führt weiter aus (S. 328): „Nur in einem Punkte besteht nahezu Einstimmigkeit, daß eine unbeschränkte Zulassung der Anfechtung neben der Gewährleistung zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Während nämlich die Gewährleistung an abgekürzte Verjährungsfristen gebunden ist, und der Käufer seinen Anspruch verliert, wenn die Unkenntnis des

Mangels auf grober Fahrlässigkeit beruhte, ist die Anfechtung zeitlich unbeschränkt zulässig und der Irrtum darf auf grober Fahrlässigkeit beruhen. Bildet nun der gleiche Sachverhalt die Grundlage der Anfechtung und der Wandlung, (was Schwaiger also zugibt, d. Verf.) so scheint sich ein merkwürdiges Mißverhältnis zu ergeben. Der Käufer, der zur Wandlung nicht oder nicht mehr berechtigt ist, könnte sich von der Wirkung des ihm nachteilig erscheinenden Vertrags durch Anfechtung befreien. Noch schärfer tritt dies beim Viehkauf hervor; hier sind die Rechte des Käufers noch mehr eingeengt, während die Anfechtung diesen Einschränkungen nicht unterworfen ist". Man kann Schwaiger entgegenhalten, daß der Käufer, läßt man ihn anfechten, damit nur das Recht hat, das jedem Vertragspartner wegen einer Erklärung, die auf einem Willensmangel beruht, zusteht. Auf S. 331 kommt Schwaiger jedenfalls zu dem Ergebnis: „Die Bestimmungen über Gewährleistung enthalten jedoch keinen Widerspruch gegenüber dem Anfechtungsrecht, sie liegen auf einem anderen Gebiet, sie berühren sich nicht". Diesem Satz muß wohl vorbehaltlos beigetreten werden, denn die einen Vorschriften haben eben Willensmängel zum Gegenstand, die anderen dagegen, die in ihrem Wesen davon völlig verschiedene Gewährleistung.

Die Vertreter der Ansicht, daß ein Nebeneinander der Gewährleistungsansprüche und der Anfechtung wegen Irrtums nicht möglich sei, stützen sich alle darauf, daß die Vorschriften des Kaufs eine lex specialis seien, deshalb also Gesetzeskonkurrenz bestehe. Dem tritt Kipp in Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts entgegen (Bd. 2, S. 701) dem Satz, daß Anfechtung wegen Irrtums durch §§ 459ff. als legis lpecialis ausgeschlossen wären, kann in dieser Allgemeinheit nicht beigepflichtet werden, „weil man dann ebenso gut behaupten könnte, die Anfechtung wegen Betrugs wird durch die Sätze des Kaufrechts über arglistiges Verschweigen ausgeschlossen." Kipp kann damit doch nur meinen, daß beide Vorschriften einen dem Wesen nach völlig verschiedenen Gebiete angehören. Wei-

ter (Bd. 2, S. 702): „Dagegen läßt sich soviel zugeben, daß die Anfechtung wegen Irrtums insoweit eingeschränkt werden muß, als sie erweislich mit den Absichten der §§ 459 in Widerspruch steht. Insbesondere wird sie ausgeschlossen sein, wenn etwa die Eigenschaft, welche der Käufer beim Kaufabschluß voraussetzte, beim Gefahrenübergang hergestellt ist; ebenso, wenn der Käufer den arglistig verschwiegenen Fehler nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht bemerkt hat; denn dieses ist wohl die Absicht des § 460, daß der Käufer in diesem Falle aus dem Mangel überhaupt kein Recht soll herleiten können. Richtig ist auch, daß die Anfechtung wegen Irrtums ausgeschlossen ist, wenn vertragsmäßig auf Mängelgewähr verzichtet wurde". Dazu ist zu sagen, daß das BGB. ausdrücklich überhaupt keine Absichten erkennen läßt, was es beim Kauf mit der Irrtumsanfechtung für eine Bewandtnis haben soll. Es muß immer und immer wieder hervorgehoben werden, daß die Voraussetzungen der Gewährschaft festumrissene sind, daß aber daneben für die anderen Rechte immer noch Raum bleibt, eben weil die Gewährschaft Gebiete anderer Rechtsnormen berührt, diese jedoch nicht füllt, sodaß von einer Spezialregelung, einer Gesetzeskonkurrenz gar nicht die Rede sein kann. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, warum dogmatisch eine Möglichkeit, die Vorschriften über Irrtumsanfechtung auch beim Kauf anzuwenden, ausgeschaltet sein soll. Lediglich aus praktischen Gründen erklärt man diese Vorschrift nicht für anwendbar. Kipp z. B. kann nicht umhin anzuerkennen, daß die Gebiete der Gewährleistung und der Anfechtung nach § 119, 1 an und für sich verschiedene sind, er gibt auch ein Nebeneinander zu, trotzdem macht er Einschränkungen. Eine einzige derselben ist m. E. stichhaltig. Das ist beim Viehkauf. Er schreibt darüber (Bd. 1, 397): „Schloßmann will auf verschiedenen Wegen eine Einschränkung des § 119, 2 herbeiführen; u. a. dadurch, daß diese Vorschrift nicht anwendbar sein soll, soweit die Sätze über Mängel der Kaufsache reichen. Dies dürfte doch zu weit gehen. Grundsätzlich ist § 119, 2 auf

Eigenschaften der Kaufsache anwendbar, aber soweit die Sätze über den Kauf erkennen lassen, daß sie eine Auflösung des Kaufs wegen des Mangels nicht dulden wollen, ist die Anfechtung allerdings auszuschließen. Daher z. B. keine Anfechtung wegen eines Viehmangels, der nicht Hauptmangel ist". Die Regelung bezüglich der Hauptmängel beim Viehkauf scheint mir darauf hinzudeuten, daß der Gesetzgeber hier eine Rückgängigmachung des Kaufs unter keinen anderen Umständen wollte. Will man also die Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums für möglich halten, so wird man wohl hier eine Einschränkung machen müssen. Nicht aber aus dogmatischen Gründen, sondern lediglich deshalb, weil der Wille des Gesetzgebers, Viehkäufe nur in ganz bestimmten Fällen rückgängig machen zu können, ausdrücklich zum Ausdruck gebracht wurde, unzweideutig und deshalb zu respektieren ist. Am Schluß dieser Zusammenstellung einiger Vertreter der verschiedenen Ansichten, möchte ich selbst Stellung zu der Frage nehmen.

M. E. gehören die beiden Rechte ganz verschiedenen Gebieten an, ihr Wesen und ihr Zweck ist uneinheitlich. Ihre Sphären können sich wohl überschneiden, sich aber niemals decken. Sie können aufgrund eines bestimmten konkreten Sachverhalts beide gleichzeitig gegeben sein. (So auch Süß, S. 243). Sie treten nach meiner Ansicht in diesem Augenblick in dem sie abstrakt gegeben sind, in Konkurrenz, aber nur theoretisch. Dies soll heißen, sie sind gleichzeitig nebeneinander gegeben. Praktisch würde eine gleichzeitige Geltendmachung ein innerer Widerspruch sein. Ich kann nicht einen Anspruch geltend machen, der aufgrund seines Wesens einen gültigen Vertrag voraussetzt und gleichzeitig mit Geltendmachung eines anderen, in diesem speziellen Falle ebenfalls zulässigen Rechts, die Vorbedingung des anderen Anspruchs aufheben. Diese „theoretische Konkurrenz" soll also nur ausdrücken, daß beide Ansprüche gleichzeitig vorliegen können. In ihrer Anwendung stehen sie in Realkonkurrenz, da sie in historischem Abstand wahlweise geltend ge-

macht werden können. Festzuhalten ist aber auf alle Fälle daran, daß die beiden Rechte dogmatisch gegeben sind die Kaufvorschriften schließen auf keinen Fall die Anfechtung wegen Irrtums aus. Dazu sind sie ihrer Rechtsnatur nach viel zu verschieden von der Anfechtung.

M. E. ist auch eine innere Berichtigung gegeben, dem Käufer eine Anfechtung wegen Irrtums zu gestatten. Ich muß doch logischerweise dem Käufer die gleiche Berechtigung zugestehen, wie jeder anderen Person, die eine Willenserklärung abgibt. Andernfalls müßte man überhaupt eine Irrtumsanfechtung als nicht berechtigt aus unserem BGB. streichen. Die Tatsache, daß der Käufer durch die Gewährschaft schon in überreichem Maße ausgestattet ist mit Ansprüchen, die ihm zu seinem Recht verhelfen, kann hier nicht entscheidend entgegengehalten werden. Die Gewährschaftsregelung dient vor allem dazu, den Kaufvertrag von Zusicherungen in überreichen Maße zu entlasten. Sie ist ein Institut, das wegen der Wichtigkeit und Häufigkeit dieser Vertragsart aus rechtspolitischen Gründen geschaffen wurde. Sie ist unabhängig von Irrtümern und irgend einem Verschulden. Insofern ist es billig, vom Käufer zu verlangen, diese Rechte in kürzerer Zeit, als sonst üblich, geltend zu machen. (Das Wort Recht nicht im absoluten, sondern im schuldrechtlichen Sinn!) Dieser Gesichtspunkt entfällt aber bei der Geltendmachung sämtlicher anderer Rechte, die der Käufer aus allgemeinen Gesichtspunkten hat. So also auch bei der Anfechtung wegen Irrtums.

Lediglich beim Viehkauf erscheint mir eine Ausnahme notwendig zu sein. Hier müssen m. E. der Anfechtung alle diejenigen Mängel entzogen sein, die der Gesetzgeber als nicht gewährleistungsfähig gestaltet hat. Die Stütze dafür möchte ich darin erblicken, daß man mit Rücksicht auf § 482 einen Irrtum über solche Eigenschaften eben als nicht wesentlich anzusehen hat.

Was die Verjährung anbelangt, möchte ich beim Viehkauf auch für das Anfechtungsrecht die kurze Verjährung angewendet wissen. Dies jedoch rein aus rechtspolitischen

keinesfalls aus dogmatischen Gründen. Man stelle sich vor, wohin man in der Praxis käme, wollte man wegen eines Hauptmangels bei einem Viehkauf, also den Kauf einer lebenden Sache also evt. 10 Jahre später anfechten. Es würde das eine derartige Menge von Schwierigkeiten für beide Parteien im Gefolge haben, daß eine Anwendung der kurzen Verjährungsfrist aus Zweckmäßigkeitsgründen notwendig erscheint.

Im übrigen bin ich der Ansicht, daß eine allzu späte Anfechtung in den Fällen nicht zugelassen werden kann, wo dies gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Dies muß jedoch von Fall zu Fall untersucht und entschieden werden. So kann dann m. E. den Verkehrsbedürfnissen ohne Schwierigkeit Rechnung getragen werden. (Auch hier erscheint mir die Verwirkung des Anfechtungsrechts der gegebene Ausgleich zu sein).

Zusammenfassung und Schluß.

Auf die im Anfang gestellten Fragen möchte ich nun hier am Schluße zusammenfassend antworten:

1. Ein Nebeneinander der Gewährleistungsansprüche und der allgemeinen Verzugsvorschriften ist beim Speciskauf deshalb nicht möglich, weil beim Kauf einer Speciessache der Verkäufer überhaupt nicht in Verzug geraten kann, die Voraussetzungen für diese Ansprüche sind nicht gegeben. Ausschlaggebend ist hierfür, daß keine Idealsache, sondern die Sache, so wie sie ist, geschuldet wird.

2. Ein Nebeneinander dieser Ansprüche halte ich dagegen beim Gattungskauf für möglich. Die Wurzel dieser Ansprüche liegt in der Erfüllungspflicht, diese hat aber mit Gewährleistung dem Wesen nach nichts zu tun. Die Ansprüche können daher nie in Gesetzeskonkurrenz treten.

3. Ein Nebeneinander von Gewährleistungsansprüchen und den Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung halte ich bei jeder Art von Kauf möglich. Beide Arten von Ansprüchen liegen ebenfalls auf einem wesentlich verschiedenem Gebiete. Die positive Vertragsverletzung ge-

hört in die Sphäre der Erfüllungspflicht, nicht in die der Gewährleistungspflicht.

4. Ebenso ist möglich ein Nebeneinander von Gewährleistungsansprüchen und solchen aus unerlaubter Handlung. Auch hier ist eine Gesetzeskonkurrenz unmöglich.

5. Endlich ist es möglich, daß aufgrund eines entsprechenden konkreten Tatbestands gleichzeitig Gewährleistungsansprüche und eine Anfechtung wegen Irrtums (oder auch arglistige Täuschung) gegeben sein kann. Diese theoretisch gleichzeitig vorliegenden Ansprüche können jedoch trotz der vorliegenden Anspruchshäufung nur getrennt, in historischen Zeitabständen geltend gemacht werden. Sie stehen in Realkonkurrenz.

Von großer praktischer Bedeutung ist dieses Nebeneinander der verschiedenen Ansprüche hauptsächlich wegen der längeren Verjährungsfrist der anderen Ansprüche im Verhältnis zum Gewährschaftsrecht. Eine Ausnahme davon muß aus rein rechtspolitischen Gründen die Verjährung beim Viehkauf machen. Hier muß aus diesen Gründen m. E. an der kurzen Verjährung festgehalten werden. Im übrigen scheint mir die Verwirkung geeignet, da Ausgleich zu schaffen, wo eine allzu späte Geltendmachung der anderen Rechte verkehrsschwierig wäre.

Abschließend möchte ich noch erwähnen, daß ich auf die alte Streitfrage, wann die Wandlung oder Minderung vollzogen sei, im Zusammenhang dieser Arbeit absichtlich nicht eingegangen bin, da mir dieselbe zur Beantwortung der hier aktuellen Streitfragen unerheblich erschien.